

La libertad de expresión ante el desafío de una “corriente regulatoria irreflexiva”

Eduardo Bertoni

Julio 2025

Eduardo Bertoni, “La libertad de expresión ante el desafío de una “corriente regulatoria irreflexiva””, Artículo de investigación No. 75 (ENG), Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Buenos Aires (2025)



La libertad de expresión ante el desafío de una “corriente regulatoria irreflexiva” .

Eduardo Bertoni

Sumario/Introducción

El ejercicio robusto de la libertad de expresión está íntimamente ligado a la calidad de la democracia. Tal vez ella sea una de las razones, aunque no la única, de la necesidad de reivindicar este derecho humano de manera inquebrantable. Sin embargo, es un derecho que ha estado bajo constante riesgo de ser vulnerado e incluso limitado, a través de distintas acciones, hasta su anulación. En este trabajo nos ocuparemos de ciertas acciones, que aunque son legales en el estado de derecho, estarían generando la limitación silenciosa de la libertad de expresión a partir de reacciones de autocensura. Nos referimos a lo que en este trabajo llamaremos una “corriente regulatoria irreflexiva” de contenidos, de los medios y herramientas (plataformas online) que hoy son las más comunes y de fácil acceso para que las personas puedan expresarse. Esas regulaciones se plasman a veces solo de manera amenazante, y otras directamente se implementan de forma “sobre” reguladora.

La afirmación acerca que la libertad de expresión ha estado y está bajo constante asedio no es una simple opinión o afirmación dogmática. En este trabajo explicaremos los mecanismos que se han ejecutado para lograr ese fin, con formatos diferentes -directos o indirectos- y a lo largo del tiempo y en distintos lugares. Por supuesto que no tenemos una pretensión de un análisis histórico acabado, pero la descripción de las acciones contra la libertad de expresión y las reacciones y campañas que se implementaron para salvaguardar este derecho fundamental servirán no sólo como marco de comparación con la “corriente regulatoria irreflexiva”, sino también con indicaciones de como responder para lo que creemos es el actual (por supuesto no el único) desafío que enfrente la libertad de expresión en lo que llamaremos la era digital. Y, adelantamos desde ahora, que la llamamos irreflexiva porque, si bien es cierto que pueden existir problemas que necesitan ser controlados bajo salvaguardas regulatorias, la corriente regulatoria irreflexiva se transforma en amenazas reguladoras que generan un clima de

autocensura equiparable con los que en este trabajo señalamos y que podemos catalogar como más conocidos.

En primer lugar describiremos brevemente la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas tal como ello ha sido afirmado tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia. Tal vez esta parte parezca innecesaria en este trabajo, aunque creemos que estamos ante un momento histórico y coyuntural que, por distintas razones sobre las que no profundizaremos, es conveniente refrescar estos conceptos.

Seguidamente describiremos cuáles han sido los ataques a la libertad de expresión a lo largo del tiempo y del espacio. Comenzaremos con, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya desde la Opinión Consultiva N° 5, los ataques directos a la libertad de expresión. Nos referimos a las agresiones físicas, incluso los asesinatos por motivos vinculados con el ejercicio de este derecho fundamental. Explicaremos cuáles fueron las medidas que se tomaron frente a estos ataques porque, como sostendremos, evitarlos era y es necesario para que se limite la posibilidad de autocensura de aquellos que temen ser atacados.

Seguiremos con acciones más sutiles, que también fueron objeto de reacciones para erradicarlas y así detener un clima de autocensura que esas acciones generaban. Así es que repasaremos la utilización del derecho penal en contra de quienes se expresaban de distintas maneras, desde la utilización de los delitos de desacato hasta los de injurias, calumnias y difamación. Lo mismo haremos con la utilización del sistema judicial a través de juicios civiles, no penales. Todo ello nos llevará a una descripción de un fenómeno más reciente y de sus reacciones: nos referimos al litigio estratégicamente dirigido contra quienes expresan ciertas opiniones, que por su abundancia y por los actores que lo usan, aún sin avances en los juicios, generan también un ambiente hostil para el ejercicio robusto de la libertad de expresión. Finalmente, también incluiremos la utilización de la publicidad oficial, incluso su regulación, como otro capítulo más que nos lleva a demostrar lo que decíamos más arriba: en distintos momentos históricos existieron acciones que generaron un ambiente poco propicio para expresarse libremente.

Toda esta descripción y breve análisis será el espejo donde reflejaremos la preocupación que señalamos como objeto principal de este trabajo: la corriente regulatoria irreflexiva de contenidos en plataformas, de acceso a plataformas o incluso de acceso mismo a Internet. Señalaremos que en muchos casos, las regulaciones quedan sólo en intentos de regulación o en “guías” -soft law-, pero que, como sostenemos aquí, ello solo puede bastar para generar un ambiente poco atractivo para el nacimiento de nuevas tecnologías o actores por temor a

potenciales y futuras regulaciones que, en caso de progresar, puedan perjudicarlos. Además, esa “corriente regulatoria irreflexiva” lleva, como apuntaremos, directamente a autorregulaciones del sector privado que pueden estar prefiriendo sobre actuar para no ser efectivamente regulados o sancionados. La comparación con la autocensura generada por otras acciones como las que describimos más abajo es, a nuestro juicio, bastante claro.

Culminaremos con algunas conclusiones, principalmente dirigidas a los hacedores de políticas públicas sobre la necesidad de aumentar notoriamente el cuidado de las propuestas para que ellas sean cuidadas, que sean ampliamente debatidas con actores idóneos, todo ello para que que no generen efectos adversos al ejercicio de la libertad de expresión.

1.- La libertad de expresión y su relación con la democracia.

Es importante destacar como, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la CorteIDH), han resaltado la relación entre la libertad de expresión y la democracia en cada uno de los casos en que han tenido que tratar violaciones al art. 13 de la Convención. En palabras de la CorteIDH: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ello, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.”¹

Es cierto que algunos entienden que la libertad de expresión y la democracia no están conectadas instrumentalmente, es decir, que la primera no es un instrumento de la segunda, sino que, la dignidad humana que protege la libertad de expresión es un componente esencial de la democracia concebida correctamente.

Sin embargo, la afirmación política de que la libertad de expresión y de prensa son elementos necesarios en una democracia fue ratificada cuando se adoptó en septiembre de 2001 la Carta Democrática Interamericana. De este instrumento regional, surge claramente que estas libertades son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia².

¹ “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13/11/1985, serie A, nº 5. En igual sentido, en el “4º Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Guatemala” (1993), la Comisión dijo que “Considera también en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, que la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable”.

² Cfr. Carta Democrática Interamericana, aprobada en la Sesión Plenaria del 11 de septiembre de 2001: Artículo 3: Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado

Es por ello que afirmamos que un estándar básico (estándar democrático) para la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión lo constituye su ligazón a la democracia, y por ello resulta un derecho humano que si se pierde, pone en peligro la vigencia de todos los demás. Consecuentemente, la protección del derecho a expresar las ideas libremente es fundamental para la plena vigencia del resto. Sin libertad de expresión no hay una democracia plena.

Y es por lo expuesto en el párrafo anterior que, como veremos, cada vez que hubo intentos o incluso actos concretos de menoscabo de la libertad de expresión, hubo una reacción para impedirlo y en muchos casos, esa reacción se vinculó justamente con la necesidad de mantener el estándar democrático, tal como lo hemos llamado. Sin embargo, como anticipamos en la introducción, hoy la corriente regulatoria de contenidos también justifica su razón en la protección de la democracia. De esta contradicción, aparente o expresa, nos ocuparemos más adelante dado que es el objeto principal de este trabajo.

En las secciones siguientes nos ocupamos de describir someramente esas acciones de menoscabo y las reacciones para impedir las.

2.- La agresión física

La conclusión del siglo XX coincidió con el final de los Gobiernos autoritarios que dominaron la escena política latinoamericana de muchas décadas en ese siglo. No viene a cuento analizar aquí las razones de la caída de los regímenes dictatoriales y el consiguiente paso a sistemas más o menos democráticos, según la época y según el país. Lo cierto es que, los problemas que afrontaron estas "nuevas" democracias para su afianzamiento, han tenido mucho que ver con prácticas largamente asentadas en los oscuros años de los gobiernos militares. Ejemplo de ello son las prácticas más detestables llevadas adelante durante las dictaduras militares, esto es, la directa eliminación física de quien pretende expresar sus críticas al poder o a algún sector del poder: el asesinato de periodistas sigue siendo una preocupación en la región, encabezando México la lista de lugares donde se generan los

de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4: Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

índices más altos de amenazas y asesinatos de periodistas y trabajadores de la comunicación social.³

Esa violencia ejercida contra periodistas y otros trabajadores de medios de comunicación constituye un ataque a la libertad de prensa cuando tal violencia es ejercida como consecuencia de la actividad periodística o informativa. El silencio forzado de periodistas, ya sea porque son eliminados físicamente, o porque son psíquicamente intimidados, afecta tanto su derecho al ejercicio de su libertad de expresión, como el de la sociedad en su conjunto que se ve impedida de continuar escuchando la voz silenciada.

Este ataque a la libertad de expresión tiene algo novedoso respecto de la época de las dictaduras. Mientras que bajo los gobiernos dictatoriales las agresiones eran orquestadas y ejecutadas desde el Estado, hoy las agresiones provienen en su mayoría de actores que, salvo excepciones de colusión entre estado y crimen organizado, no utilizan al Estado como un aparato organizado para perpetrar tales ataques. Son los periodistas que realizan investigaciones vinculadas con el narcotráfico, la corrupción o incluso violaciones a derechos humanos, quienes están en una situación de vulnerabilidad que afecta el ejercicio de la libertad de prensa.

Frente a lo señalado antes cabe preguntarse que se ha hecho para intentar terminar con esta amenaza a la libertad de expresión.

Un ejemplo importante es el Plan de Acción de la UNESCO para la Seguridad de los Periodistas y la Problemática de la Impunidad. El Plan de Acción propone varios mecanismos para enfrentar la impunidad; incluye incorporar las problemáticas en los análisis y programación del país, trabajar con los estados miembros para desarrollar e implementar las legislaciones adecuadas, promover la toma de conciencia entre los estados, los responsables de las políticas, y los miembros de la prensa, desarrollar planes de repuesta de emergencia, coordinar reuniones inter-agencias regularmente para revisar los progresos nacionales e internacionales, y reforzar las colaboraciones entre la ONU y otras organizaciones intergubernamentales, y los grupos de sociedad civil.⁴

³ Ver Journalists at the frontlines of crises and emergencies (UNESCO)
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000391763.locale=es>

⁴ UNESCO (2012); “UN Plan of Action,” en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/journalists/2023-01-31/un-plan-on-safety-journalists_en.pdf

Otro ejemplo proviene de la ONU. La Asamblea General aprobó la Resolución 68/163 sobre la Seguridad de los periodistas y los Problemas de la Impunidad en Diciembre del 2013. La Resolución designa el 2 de Noviembre como el Día Internacional para poner fin a la impunidad de los crímenes contra los periodistas y exhorta los estados a asegurar investigaciones y prosecutions oportunas y efectivas así como remedios apropiadas para los víctimas de crímenes contra los medios.⁵

Podríamos seguir con ejemplos provenientes de la Organización de Estados Americanos, el ámbito Africano y Europeo, como así también destacadas sentencias de Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Por razones de brevedad remitimos para ello a otros trabajos.⁶

A ello se suma que varios países en América Latina han intentado de confrontar las amenazas a la libertad de expresión por causa de los homicidios de periodistas e impunidad subsecuente en varias maneras. Generalmente, los diferentes tipos de programas implementados en estas situaciones pueden ser descompuestos en tres categorías: programas de protección, cuerpos especiales de investigación, y federalización de crímenes contra los periodistas. Ejemplos de tales iniciativas que fueron implementadas en países como México, Colombia, Honduras, y Guatemala.⁷

Escapa a este trabajo analizar la efectividad de estas reacciones frente a las amenazas de índole físico que son consideradas ataques a la libertad de expresión. Sólo quisimos reflejar el problema y resaltar que hubo -y hay todavía hoy- una reacción para intentar detener los ataques: ante el homicidio y amenazas como prácticas para silenciar a la prensa se requiere, cuanto menos, la decisión política de investigar, encontrar y castigar adecuadamente a los responsables de estos delitos constituyeron políticas públicas que se implementaron aunque su resultado no sea objeto de análisis en este trabajo.

⁵ UN General Assembly (18 December 2013); “*Resolution 68/163. The safety of journalists and the issue of impunity*,” A/RES/68/163, available at <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/RES/68/163&referer=http://www.un.org/es/ga/68/resolutions.shtml&Lang=E>.

⁶ Aunque es un trabajo de hace varios años, los datos resultan pertinentes: ver Bertoni, Eduardo, Prevent and Punish: In search of solutions to fight violence against journalists, UNESCO 2015. Ver también Global Case-law on Violence Against Journalists, en https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2023/01/Case-law-on-Violence-Against-Journalists-A-Global-Inquiry_FINAL-Jan-5.pdf

⁷ Ver Bertoni, Eduardo, Prevent and Punish: In search of solutions to fight violence against journalists, UNESCO 2015

3.- El hostigamiento judicial: juicios penales y civiles

Otras acciones que se utilizan cuando desde el poder se quiere callar a los críticos, es lo que podríamos denominar el "acoso judicial".

Esta práctica consiste en el constante hostigamiento que reciben los periodistas mediante acciones judiciales penales que provocan lo que algunos denominan el efecto de paralización: antes de criticar, y ante la posibilidad cierta que se inicie una demanda que consumirá, por lo menos, tiempo y dinero, se opta directamente por callar.

Para mitigar el "acoso judicial" los esfuerzos que se realizaron consistieron en la restricción al máximo de las acciones legales que pueden iniciarse contra casos que encierran una crítica a los personajes públicos. Por ejemplo, gracias al sistema de protección de Derechos Humanos en el ámbito de la OEA, la República Argentina derogó el antiguo delito de desacato.⁸

La derogación de este delito tuvo en varios países el efecto buscado. Sin embargo, el acoso judicial en el ámbito penal comenzó a utilizarse de la misma manera las normas de la legislación penal común: lamentablemente los delitos de calumnia, injuria, o difamación se siguen (mal)utilizando con frecuencia en nuestra región, a pesar de que, al igual que con el desacato, se realizaron cambios en las legislaciones que son positivos y que deben ser destacados. Por ejemplo, en 2007 se derogaron las leyes de difamación criminal para el ámbito federal en México. En 2009 se reformó el Código Penal Argentino que ahora indica que en ningún caso configurarían delito de calumnia o injuria las expresiones referidas a asuntos de interés público. Otro ejemplo que se suma a los anteriores viene desde Uruguay, donde también se reformó en 2009 el Código Penal de forma similar a lo hecho por su vecino rioplatense.

Un tema que retomaremos más adelante se refiere a que es preocupante que, tal como lo demuestra una investigación sobre Argentina del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información -CELE- de la Universidad de Palermo, aún con el cambio legislativo, funcionarios y figuras públicas siguen iniciando querrelas penales por injurias o calumnias contra periodistas.

⁸ Ver desarrollo de este proceso en Del Campo, Agustina y Bertoni Eduardo en Despenalización de la expresión: la experiencia argentina en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/cele/publicaciones/Despenalizacion-de-la-expresion-en-Argentina.pdf

El uso de las leyes y los tribunales como acciones de ataque a la libertad de expresión, no se han circunscripto a la utilización del derecho penal.

El precedente sentado por la CorteIDH en el caso *Fontevéchia y D'Amico c. Argentina*⁹ es tal vez el primero específico en esta materia en el Sistema Interamericano. El caso es particularmente importante porque fue la primera vez que el tribunal abordó claramente la problemática de la imposición de responsabilidades ulteriores civiles como mecanismo de restricción indebida de la libertad de expresión. El tribunal consideró que la imposición de la sanción civil constituía per se una violación del artículo 13 de la Convención Americana.¹⁰ Otro aspecto a destacarse de esta sentencia, siguiendo lo dicho algunos años antes en *Tristán Donoso c. Panamá*¹¹, es la afirmación de la CorteIDH en cuanto al efecto inhibitor que también puede causar la imposición de sanciones civiles en tales contextos.¹²

Más recientemente, la Corte IDH en la sentencia del caso “*Palacio Urrutia vs. Ecuador*”¹³ sostuvo que

“El Tribunal estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público. Al respecto, el perito Toby Mendel señaló que la función de los recursos por difamación debe ser la de reparar el daño causado a la reputación de un demandante y no la de castigar al

⁹ Corte I.D.H., *Caso Fontevéchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

¹⁰ En palabras de la CorteIDH: Este Tribunal considera que las publicaciones realizadas por la revista *Noticias* respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada. Id., párr. 71.

¹¹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

¹² Dijo la Corte IDH: la Corte estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público Id., párr. 74.

¹³ ver en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf, parr 125

demandado, en consonancia con el llamamiento de los mandatos internacionales especiales sobre libertad de expresión”

Nuevamente la historia nos muestra que frente a los ataques a la libertad de expresión hubo reacciones fuertes: cambios legislativos, condena a Estados por parte de tribunales internacionales, y un largo etcétera.

4.- La publicidad oficial desregulada

La utilización de fondos públicos como pago de publicidad oficial es una actividad legítima por parte del estado. Muchos son los ejemplos que se nos pueden ocurrir: llamados a licitaciones, llamados a concursos para ocupar cargos públicos, anuncios de necesidad de vacunación ante catástrofes, entre otros.

Sin embargo, desde hace muchos años, en los países de la región, se resaltó la publicidad oficial como un mecanismo de violación de la libertad de expresión. Para ser claro, y tal vez corriendo el riesgo de expresar una obviedad, la discusión se vincula más con una cuestión procedimental y no sustantiva.

En general, es “cómo” se distribuye la publicidad oficial lo que genera debate. Dependiendo de “cómo” se distribuya podemos estar ante una violación a la libertad de expresión o ante un acto absolutamente legítimo.

Cuando el “cómo” se traduce en un reparto de la publicidad con el fin de premiar al amigo y castigar a quien se considera enemigo por no comulgar con las mismas ideas de quién está encargado del reparto, estamos frente a un problema para la libertad de expresión que, lamentablemente no reconoce fronteras de color político ni geográficas.

Frente a este ataque, nuevamente hubo reacciones. Ya en el año 2003, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH publicó un informe incluyendo a la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial como una violación al art. 13.3 del Pacto de San José de Costa Rica. En otro informe publicado en 2010, la Relatoría mantuvo el mismo criterio.

La solución del problema es relativamente sencillo y se centra en la implementación de políticas públicas de regulación específica que establezcan directrices claras para la

distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a ella.

Hubo ejemplos de ello citados en el informe de 2010 de la Relatoría donde específicamente se manifiesta que “a excepción de Perú y Canadá, los países del hemisferio no tienen leyes específicas sobre este tema”. Y que “si bien en algunas jurisdicciones se ha avanzado en el camino de la reforma legal, no se han registrado grandes avances al respecto.” Sólo se citan ejemplos en Chile, Colombia y Uruguay.

Otro ejemplo de regulación de la publicidad oficial se dio en Argentina. Mediante una resolución¹⁴ se pretendía “plasmear en una norma los criterios fijados por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, al sistema de otorgamiento de pauta publicitaria oficial, buscando evitar las falencias que dicho Organismo Internacional ha detectado en diversos países de la región...”.

Al igual que como dijimos respecto de las políticas públicas llevadas adelante para disminuir las agresiones físicas como ataques a la libertad de expresión, no estamos haciendo aquí tampoco un análisis de las normas que pudieron implementarse. Su efectividad o no escapan a nuestro estudio. Insistimos en que el objetivo es reflejar el devenir histórico de ataques a la libertad de expresión, y reacciones para mitigarla.

5.- El litigio estratégicamente dirigido contra la participación pública.¹⁵

Este concepto de litigio estratégico se conoce más frecuentemente como “SLAPP”. El término SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation) fue originalmente desarrollado por George W. Pring y Penelope Canan en “SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out” (1996). SLAPP se refiere generalmente a una acción judicial, ya sea de índole penal o civil, presentada por actores con poder -personalidades públicas o privadas- contra personas u ONGs que expresan una posición crítica sobre un tema de interés político, o, más genéricamente, interés público, pero que pueden afectar a quienes los demandan.

Las acciones judiciales que caen bajo el concepto de SLAPP son diferentes de un ataque ordinario contra la libertad de expresión porque como se ha visto tienen como objetivo

¹⁴ Ver JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, Resolución 247 - E/2016, RBuenos Aires, 24/08/2016

¹⁵ Sobre los antecedentes de esta forma de ataques a la libertad de expresión, hemos tomado la explicación de ACLU, Ohio en <https://www.acluohio.org/en/importance-anti-slapp-statutes>

silenciar el discurso crítico mediante la intimidación de las acciones judiciales. Una característica importante de estas acciones es la disparidad de poder y recursos entre el demandante y el demandado.

Basadas a menudo en disposiciones legales ambiguas y elásticas, las SLAPP emplean varias estrategias, que incluyen reclamaciones exorbitantes de daños y acusaciones diseñadas para desprestigiar, acosar y abrumar a activistas u organizaciones de la sociedad civil. Un tema a tener en cuenta es que en algunos países puede existir un entorno legal más o menos propicio para las SLAPP, dependiendo de factores como los costos legales, la flexibilidad de las leyes relacionadas con el discurso (especialmente difamación) y la existencia de salvaguardias como estatutos anti-SLAPP o sanciones contra el abuso de los procesos legales.

Las prácticas SLAPP han ido en aumento, y, como decimos al comienzo, las acciones judiciales no se limitan a demandas civiles. Los ejemplos que se pueden dar los encontramos a nivel global y también esos ejemplos muestran que muchas de estas acusaciones han sido desestimadas antes de llegar a juicio. Aunque el resultado es lo que menos importa a quienes demandan, porque saben desde el principio que sus acusaciones son infundadas o exageradas. Sin embargo, también saben que ser demandado y enfrentar investigaciones o un juicio eventual resulta costoso y consume tiempo. Por consiguiente, estas demandas abusivas tienen un gran efecto disuasorio, ya que inhiben a periodistas, operadores de medios u otros oradores críticos de ejercer nuevamente su derecho a criticar o informar.

Como vimos en los anteriores ataques a la libertad de expresión, la reacción contra demandas que caen bajo el concepto de SLAPP no se hizo esperar. Así es que comenzaron a diseñarse políticas públicas para implementar regulaciones anti-SLAPP cuyo principal objetivo es disuadir a los demandantes potenciales de presentar demandas abusivas.

Estas regulaciones pueden incluir la desestimación temprana de estas demandas, con una compensación de los costos sufridos por el demandado y además la penalización del abuso, como, por ejemplo, imponer multas al demandante. Por supuesto que el desafío de estas políticas regulatorias se centra en encontrar un equilibrio entre el freno de reclamos abusivos, por un lado, y no negar el derecho a presentar acciones judiciales legítimas, por el otro. Sin estas regulaciones, sólo los demandados que puedan acceder a defensas pro bono ofrecidas por abogados o firmas legales pueden encontrar alivio a sus sufrimientos por las persecuciones judiciales. Sin embargo, las leyes anti-SLAPP son el paso para garantizar que periodistas, activistas y otros participantes en el debate público no sean intimidados por acciones judiciales abusivas.

En Estados Unidos, Canadá y Australia, las leyes anti-SLAPP están más desarrolladas, donde surgieron principalmente en el contexto del derecho ambiental. En Europa, la segunda Conferencia Europea anti-SLAPP,¹⁶ celebrada en Estrasburgo el 14 de noviembre de 2024, se examinaron distintas formas de aplicar eficazmente los marcos legislativos y políticos adoptados en Europa para combatir las demandas estratégicas contra la participación pública (SLAPP), entre ellos la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la legislación de la Unión Europea (UE). En este documento se recomienda:

- i. implementar, con carácter de urgencia y a través de todas las ramas de las autoridades estatales dentro de sus competencias, las directrices establecidas en el anexo de esta recomendación, teniendo plenamente en cuenta los principios incluidos en ellas, en particular en lo relativo a las salvaguardias estructurales y procesales, los recursos, la transparencia, el apoyo a las personas afectadas y las víctimas, así como la educación, la formación, la sensibilización y el fortalecimiento de capacidades;*
- ii. prestar especial atención a las demandas estratégicas contra la participación pública (SLAPPs) en el contexto de sus revisiones de las leyes, políticas y prácticas nacionales pertinentes, de conformidad con la Recomendación CM/Rec(2016)4 sobre la protección del periodismo y la seguridad de los periodistas y otros actores de los medios de comunicación, para garantizar la plena conformidad con las obligaciones de los Estados miembros en virtud de la Convención;*
- iii. promover los objetivos de esta recomendación a nivel nacional, así como en los foros europeos e internacionales pertinentes, y colaborar y cooperar con todas las partes interesadas para lograr dichos objetivos;*
- iv. revisar periódicamente el estado de implementación de esta recomendación con el fin de aumentar su impacto, en particular mejorando los mecanismos de apoyo para las personas afectadas y las víctimas, e informar al Comité de Ministros sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros y otras partes interesadas, los avances logrados y las deficiencias pendientes.*

Esta recomendación se adoptó poco después de la adopción de la Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de abril de 2024 relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas.¹⁷

¹⁶ Ver <https://anti-slapp-con.ecpmf.eu/>

¹⁷ Sobre el estado de la situación en Europa ver María Victoria Cuartero Rubio

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la CorteIDH se refirió al tema en la sentencia Palacio Urrutia vs. Ecuador¹⁸:

“[e]l Tribunal considera que la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión. Este tipo de procesos, conocidos como “SLAPP” (demanda estratégica contra la participación pública), constituye un uso abusivo de los mecanismos judiciales que debe ser regulado y controlado por los Estados, con el objetivo de permitir el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación “ante el recurso estratégico a la justicia, por parte de entidades comerciales y personas físicas, contra la participación pública, a fin de presionar a los periodistas e impedirles que hagan reportajes críticos y/o de investigación”

De manera más simple: una herramienta legítima del estado de derecho cómo es el acudir a demandas judiciales puede ser también un ataque a la libertad de expresión.

6.- Una primera conclusión

En todos los casos descritos arriba y referidos a ataques a la libertad de expresión, ante la posibilidad de que se hagan efectivos efectos inhibitorios para su ejercicio, se iniciaron procesos de implementación de políticas públicas dirigidos a desactivar esos potenciales efectos inhibitorios. A manera de resumen:

ATAQUE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	POLÍTICA PUBLICA PARA CONTRARRESTARLO
AGRESIONES FÍSICAS, INCLUIDO ASESINATO, Y CONSECUENTE IMPUMIDAD	CAMBIOS EN LOS SISTEMAS DE PERSECUCIÓN PENAL. OFICINAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN

Catedrática de Derecho internacional privat, Universidad de Castilla-La Manch, en Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, pp. 430-443
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: 10.20318/cdt.2024.8920

¹⁸ Parr 95

	BAJAR EL NIVEL DE IMPUNIDAD PARA IMPEDIR AUTOCENSURA
DELITO DE DESACATO	IMPULSO DE REFORMAS LEGISLATIVAS PARA DEROGARLO SU VIGENCIA ESTIMULA LA AUTOCENSURA
CALUMNIAS/INJURIAS/DIFAMACIÓN -TANTO CIVIL COMO PENAL	IMPULSO PARA REFORMAS LEGISLATIVAS EN LOS CÓDIGOS PENALES / LIMITACIÓN DE REPARACIONES CON CRITERIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EL DERECHO PENAL Y LAS REPARACIONES CIVILES DESPROPORCIONADAS GENERAN AUTOCENSURA
PUBLICIDAD OFICIAL DISCRIMINATORIA	IMPULSO DE REGULACIONES PARA DISTRIBUCIÓN DE PUBLICIDAD OFICIAL TRANSPARENTE. LA PRESIÓN ECONÓMICA VÍA LA PUBLICIDAD OFICIAL GENERA AUTOCENSURA
LITIGIO ESTRATÉGICAMENTE DIRIGIDO CONTRA LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA	REGULACIONES ANTI-SLAPP LA ACUMULACION DE ACCIONES JUDICIALES USADOS ESTRATEGICAMENTE INDUCE A LA AUTOCENSURA

Todas las políticas públicas estuvieron siempre basadas en un argumento fundamental: la importancia de la libertad de expresión para la democracia, tema, justamente, con el cual iniciamos este trabajo. En lo que sigue señalamos otra forma que podría estar constituyendo una nueva manera de ataque creando intimidación para el discurso y la utilización de nuevas formas de comunicación, principalmente a través de contenidos en plataformas en Internet.

7.- La “corriente regulatoria irreflexiva”

En primer lugar, creemos importante destacar que lo que llamamos la “corriente regulatoria irreflexiva” es verificable de manera empírica. Para ello nos referimos al gran trabajo realizado por el Centro de Estudios en Libertad de Expresión -CELE- de la Universidad de Palermo en Argentina donde puede advertirse en una línea de tiempo relativamente reciente las sugerencias o propuestas de regulación de plataformas en Internet.¹⁹ Y más importante, acudir a esa información muestra las reacciones de los destinatarios de las sugerencias, comentarios públicos de autoridades, o incluso amenazas de regulación o regulaciones no muy claras.

En segundo lugar, es pertinente preguntarse si de lo que estamos hablando en este trabajo bajo el rótulo de “corriente regulatoria” se circunscribe a las regulaciones que se sancionan, o también a los comentarios públicos, proyectos que se presentan, la amenaza de presentarlos, o incluso a guías o recomendaciones que se publican desde entes reguladores u organismos internacionales que sirven justamente para influir en autoregulaciones o, peor aún, en actitudes de autocensura. Para los efectos de este trabajo, aún haciéndonos cargo que tal vez merecería separar cada una de esas cuestiones en el análisis que hacemos, nos referimos a todo ello. Y, siguiendo a Agustina del Campo y Ramiro Alvarez Ugarte en el trabajo del CELE citado antes²⁰, entendemos por “amenaza regulatoria” a “cualquier tipo de expresión o acción pública o privada de funcionarios públicos que tienen poder regulatorio sobre otros en la que expresan, sugieren o implican, clara o veladamente, su deseo de ver la conducta de su sujeto moverse en una dirección particular. La respuesta regulatoria a un incumplimiento no necesita ser explícita, pero podría considerarse implícita en la dinámica misma de la formulación de políticas en juego.” Y, como ellos mismos aclaran en su trabajo, “[...] las dinámicas amenazadoras prosperan tanto cuando se discute la regulación como cuando está en juego su aplicación.”

¹⁹ Ver los casos en <https://ramiroau.github.io/threats-timeline/>

²⁰ Ver <https://observatoriologislativocele.com/amenazas-regulatorias-y-desafios-metodologicos/>

Entonces, lo que en este trabajo califico como “corriente regulatoria irreflexiva” resulta en muchos casos ser la consecuencia de una “amenaza” de regulación mediante comentarios de autoridades públicas. Y, aunque no llegue a realizarse, puede producir efectos no deseados en el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido y, siguiendo a Paulina Gutierrez,²¹ “[l]as amenazas de regulación son un mecanismo complejo que opera en todas las sociedades y sectores. Aunque no son nuevas en el sistema de dinámicas público-privadas del mercado, merecen una atención cuidadosa cuando se utilizan en el contexto de la gestión de Internet y los desarrollos tecnológicos.”

En este trabajo nos estamos concentrando únicamente en las “corrientes regulatorias” que, como explica Gutierrez, “[...] buscan, deliberada o no deliberadamente, influir en las prácticas voluntarias de las empresas tecnológicas.” Sin eufemismos, esa influencia puede crear situaciones que afecten el ejercicio de la libertad de expresión, dependiendo, claro está, de cuan influenciable es la empresa de que se trate.

Uno de los ejemplos más evidentes de lo que estamos hablando lo constituyeron las cartas de Thierry Breton (ex Comisionado de la Unión Europea) dirigida a las empresas para que se adecuen a la aplicación de la recientemente creada Digital Security Act (DSA). Como dicen Del Campo y Alvarez Ugarte²² “[e]l patrón de interacciones públicas pasó de amenazas de aplicación de la ley a decisiones reales previas a la aplicación de la ley, como la apertura de procedimientos regulatorios o investigaciones o solicitudes formales de información e intercambios reales con funcionarios corporativos en los que se anunciaron explícitamente eventos de infracción de DSA.”

Sin perjuicio que una buena cantidad de ONGs reaccionaron frente a las actitudes de Breton²³, una empresa (TikTok) retiró del mercado europeo una aplicación (TilTok Lite) luego que se anunciara una investigación formal. La presión tuvo evidentemente un efecto. Quien celebró la actitud de la empresa: Breton.

Por ello, lo que habían anticipado esas ONGs en la carta mencionada tenía mucho sentido. Por ejemplo, en una carta relacionada con la misiva de Breton a la empresa X, las ONGs expresaban preocupación sobre que la advertencia regulatoria estaba motivada por un

²¹

Ver

en

<https://observatoriolegislativocele.com/threats-of-regulation-are-complex-but-not-enough-to-prevent-over-sight/>

²² Ver <https://observatoriolegislativocele.com/amenazas-regulatorias-y-desafios-metodologicos/>

²³ Ver

<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2023/10/Civil-society-open-letter-to-Commissioner-Breton.pdf>

impulso político en lugar de considerar cuidadosamente los méritos del caso. Y terminaban urgiendo a la Comisión Europea a que su trabajo se guíe por evidencia en lugar de por sentimiento político.

En otra carta que había sido dirigida a Meta, X y TikTok, las ONGs señalaron distintas inconsistencias y vaguedades en la carta de Breton, concluyendo con la afirmación de que:

"[L]a libertad de expresión y el libre flujo de información deben defenderse vigorosamente durante los conflictos armados. Las restricciones desproporcionadas de los derechos fundamentales pueden distorsionar la información que es vital para las necesidades de los civiles atrapados en las hostilidades y para la documentación de abusos a los derechos humanos y atrocidades en curso que podrían formar la base de pruebas en futuros procesos judiciales. La experiencia muestra que las soluciones a corto plazo que insinúan el carácter delictivo de la 'información falsa' o las 'noticias falsas', sin una mayor calificación, afectarán desproporcionadamente a los grupos históricamente oprimidos y a los defensores de derechos humanos que luchan contra agresores que perpetran graves violaciones de derechos humanos."

Nótese que lo que se advertía era que las amenazas de las cartas motivadas tal vez políticamente podían generar vulneraciones a la libertad de expresión.

Este tipo de acciones no sólo ocurrieron en el ámbito europeo. El propio CEO de META, Mark Zuckerberg reaccionó²⁴ frente a lo que calificó de presiones que había recibido la compañía por parte de funcionarios de la administración del Presidente de los Estados Unidos, Joe Biden, para que se censuraran contenidos durante la pandemia. En la carta, el CEO de META reconoció que "[...] la presión del gobierno fue incorrecta, y lamento que no fuéramos más abiertos al respecto. También pienso que tomamos algunas decisiones que, con la ventaja de la retrospectiva y nueva información, no tomaríamos hoy." Reportando sobre la carta, la CNN tituló que "Mark Zuckerberg dice que la administración de Biden presionó a Meta para censurar contenido relacionado con el Covid en 2021".

Sin eufemismos, una de las empresas más grandes a nivel global cedió a las presiones, o amenazas que recibieron! Qué queda entonces para distribuidores de contenidos?!

²⁴ Ver

<https://www.americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/Mark-Zuckerberg-Letter-on-Govt-Censorship.pdf>

De alguna manera, Joan Barata en un reciente artículo²⁵ coincide con lo que venimos diciendo. En sus palabras, las recomendaciones y tipos de “presión” como las que venimos describiendo, “[...]pueden llevar a una eliminación excesiva de contenido. De hecho, un estudio de 2024 que examina prácticas de eliminación de contenido en Francia, Alemania y Suecia encontró que la gran mayoría (87.5% a 99.7%) de los comentarios eliminados de Facebook y YouTube eran legalmente permisibles. Estas cifras podrían sugerir que las plataformas, páginas y canales están eliminando contenido de manera excesiva para evitar sanciones regulatorias. Esto plantea preocupaciones sobre un efecto disuasorio en la libertad de expresión y la posible supresión de discursos legítimos en línea.”

En general se postula que las regulaciones, efectivas (cuando ocurren) o sugeridas (amenazas) sirven para una mejor “gestión” de Internet y por ello se las vincula con el concepto de la “gobernanza de Internet”. Una buena descripción de donde provienen las regulaciones la hace Barata:

“a) Regulación directa del discurso, que incluye conceptos como la difamación, el discurso de odio, la protección de menores, etc. La regulación directa del discurso puede aplicarse tanto al contenido offline como al contenido online.

b) Regulaciones para los proveedores de servicios digitales, que cubren las actividades que caen bajo la categoría general de “intermediarios”. Estas regulaciones establecen obligaciones y condiciones en relación con políticas y procesos de contenido asociados con la publicación, difusión o accesibilidad de contenido proporcionado por usuarios o terceros. Esto también puede incluir derechos específicos para los usuarios, como la obligación de proteger, respetar o al menos “considerar” sus derechos fundamentales.

c) Normas y reglas promulgadas y aplicadas por las plataformas utilizando una combinación de instrumentos algorítmicos y sistemas de revisión humana para definir el contenido aceptable en sus respectivos espacios.

d) Reglas que definen el estatus y rol de los organismos reguladores cuando supervisan las actividades de los proveedores de servicios digitales a la luz del marco legal aplicable.”

Es evidente que depende como se expresen e implementen esas regulaciones pueden afectar el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, como venimos desarrollando en este

²⁵ Ver THE FUTURE OF FREE SPEECH: OLD THREATS AND NEW CHALLENGES en OXFORD HANDBOOK OF HATE SPEECH (Eric Heinze, Natalie Alkiviadou, Tom Herrenberg, Sejal Parmar, Ioanna Tourkochoriti, eds., forthcoming)

trabajo, la “corriente regulatoria irreflexiva” incluye otras maneras que pueden afectar el ejercicio de la libertad de expresión.

A poco de analizar los ejemplos señalados en el estudio del CELE mencionado más arriba, se advierte que hay acciones, por ejemplo amenazas de regulación, elaboración de “sugerencias” mediante guías de organismos públicos, que, en la práctica, aunque puedan tener una motivación legítima, la posibilidad de su abuso es evidente, y allí radica el problema para el ejercicio de la libertad de expresión. En otras palabras: la “corriente regulatoria irreflexiva” que a veces se funda en la protección de la democracia o que se funda, como vimos, con la “gobernanza de Internet”, puede terminar al final del camino deslizándose en un tobogán muy resbaladizo que directamente afecte a la libertad de expresión.

8.- Conclusiones y recomendaciones

Por lo visto hasta aquí, y volviendo a Barata, “[...] las posibles restricciones a la libertad de expresión pueden provenir hoy en día de diferentes tipos de reglas, algunas de las cuales no son promulgadas por autoridades públicas.” Ello así la pregunta que nos podemos hacer es por qué surgen esas reglas.

Es difícil encontrar una sola causa para ello. Coincidiendo con Barata, podemos decir que las razones se basan en “[...] una amalgama de factores, incluidos sus propios principios y valores de civismo, modelos de negocio, restricciones reputacionales, presiones de inversores y anunciantes, así como influencia directa e indirecta de las autoridades relevantes.”

En este trabajo nos detuvimos en el último factor, aunque por supuesto los otros no son despreciables. Pero lo que intentamos mostrar es que en distintos momentos históricos y en distintas geografías, los ataques a la libertad de expresión han ido cambiando. Y que hoy estamos frente a un fenómeno distinto pero que puede tener los mismos o parecidos efectos de aquellos ataques.

La dificultad es que en las acciones que aquí mencionamos como ataques a la libertad de expresión antes de las que incluimos en la “corriente regulatoria irreflexiva”, la política pública para contrarrestarlas aparecía de manera clara, tanto porque había que cambiar una política preexistente, o porque había -o hay- que crear nuevas políticas públicas.

En cambio, los ataques provenientes al ejercicio de la libertad de expresión que vienen de las amenazas de la “corriente regulatoria irreflexiva” no son, por una lado, fáciles de visualizar y, por el otro, también son de respuesta compleja.

Son difíciles de visualizar porque todavía no tenemos estudios empíricos claros que muestren cuánto influye la “corriente regulatoria irreflexiva” para impedir que exista un ambiente propicio, sin autocensura, para el ejercicio de la libertad de expresión. Este trabajo está lejos de demostrarlo. Simplemente hemos intentado llamar la atención con algunos ejemplos acerca de lo que podría estar ocurriendo y la autocensura sobreviniente.

Además, como el problema es complejo, la respuesta es compleja. Una recomendación, que no es original, pero que tiene sentido es que, en primer lugar, se aumente la participación de todos los sectores interesados cuando se evalúen regulaciones que tengan consecuencias a la libertad de expresión. Si esto es así, si la participación es convocada de manera amplia y con buena fe, podría bajar el efecto desconcertante, y por ello intimidatorio, que puedan ejercer ciertos actores.

Y, en segundo lugar y para culminar, nuevamente coincidiendo con Barata, la recomendación a los hacedores de políticas públicas es que tengan en cuenta que “[e]l mayor desafío actual para los legisladores y reguladores es crear instrumentos adecuados que garanticen que los procesos de moderación de contenido e intervenciones sean responsables tanto a nivel interno como externo, particularmente en lo que respecta a errores y daños.”